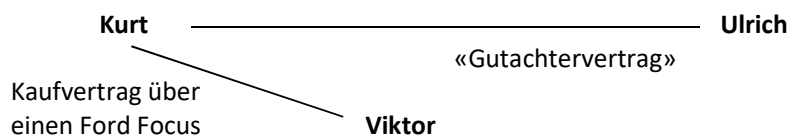


## Sachverhalt

Kurt will vom Fahrzeugexperten Ulrich für Fr. 300 ein Gutachten über den Zustand eines gebrauchten Ford Focus, für den er sich interessiert. Ulrich analysiert das Fahrzeug beim Verkäufer Viktor und teilt Kurt mit, alles sei in Ordnung, worauf dieser das Fahrzeug von Viktor am darauffolgenden Tag kauft. Schon nach wenigen Tagen zeigen sich Mängel – der Ford Focus weist einen gravierenden Rostbefall auf, der mit vernünftigem Aufwand nicht mehr zu beseitigen ist und die Fahrsicherheit massiv beeinträchtigt. Ulrich hat das wertlose Fahrzeug nur oberflächlich angesehen – hätte er unter das Fahrzeug gesehen, wäre der Rost mit blossen Auge erkennbar gewesen. Kurt schäumt vor Wut und fragt Sie, was er tun muss.

## Lösungsvorschlag



Man muss die beiden Verträge klar auseinanderhalten. Zwischen Kurt und Viktor liegt ein Kaufvertrag vor, während zwischen Ulrich und Kurt ein Gutachtervertrag besteht, der dem Auftrags- oder Werkvertragsrecht zugeordnet werden kann. Die Frage nach dem Zustand des Fahrzeugs lässt sich objektiv garantiefähig beantworten. Das Fahrzeug lässt sich nach bewährten Methoden analysieren und auf Rost oder Abnutzung untersuchen. Bei den meisten Fahrzeugteilen ist bekannt, wie häufig sie ausgetauscht werden müssen und auch der Pflegezustand ist objektiv messbar. Die Gutachtensfrage lässt sich mit einem objektiv überprüfbar Ja oder Nein beantworten. Damit ist die Anwendung der werkvertraglichen Regeln angezeigt. Das Gutachten war aufgrund des Fehlers völlig wertlos und wies deshalb einen Mangel auf. Doch hat Kurt das Gutachten wirklich geprüft und den Mangel gerügt (vgl. Art. 367 OR)? Wie prüft man überhaupt ein Gutachten, wenn man just für diese Frage besonderes Expertenwissen benötigt? Man muss lediglich prüfen, ob das Gutachten die gestellte Frage beantwortet und vollständig ist. Man muss insbesondere keinen Experten beiziehen, um ein Gutachten zu prüfen. Der Mangel des Gutachtens war versteckt. Kurt muss aber unbedingt jetzt, da er den Mangel des Gutachtens kennt, diesen bei Ulrich rügen.

Die Ansprüche bestehen wahlweise in der Nachbesserung, Minderung oder Wandlung (Art. 368 OR). Die Minderung kommt dafür nicht in Frage, weil das Gutachten völlig wertlos war (Art. 205 Abs. 3 OR analog).<sup>1</sup> Auch die Nachbesserung des Gutachtens bringt nichts, da Kurt gestützt darauf bereits eine folgenschwere Entscheidung getroffen hat. Es bleibt nur die Wandlung des Gutachtens mit Rückzahlung des Werklohns von Fr. 300 (vgl. Art. 368 Abs. 1 OR). Da Ulrich gestützt auf die Entscheidung ein wertloses Fahrzeug gekauft hat, muss Ulrich auch für diesen Schaden aufkommen. Das für den Schadenersatz notwendige Verschulden besteht, denn der Sachverhalt erwähnt, dass Ulrich das Fahrzeug nur oberflächlich angesehen hat, was man ihm als Unorgfalt und Fahrlässigkeit vorwerfen kann. Fraglich ist jedoch, ob Kurt nicht auch gegen Viktor vorgehen kann, was den Schaden mindern könnte. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

*Kann Kurt auch gegen Viktor vorgehen und die Wandlung verlangen?* Der Mangel des Fahrzeugs liegt eindeutig vor. Wenn Kurt rechtzeitig rügt, würde der Wandlung nichts im Wege stehen. Das Problem könnte indes darin liegen, dass Kurt sich das Wissen von Ulrich bei der Besichtigung des Fahrzeugs anrechnen lassen muss und aufgrund des Art. 200 Abs. 2 OR keine Mängel mehr geltend machen kann, weil er den Mangel hätte erkennen müssen. ZK-Higi/Schönle, OR 200 N 26 bejahen dies gerade beim

<sup>1</sup> Vgl. BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, Art. 368 N 39.

Beizug von Experten: „Je sachkundiger der Käufer ist, besonders auch wenn er Spezialisten zur Prüfung der Kaufsache beizieht, desto höhere Anforderungen können gegebenenfalls an seine Aufmerksamkeit gestellt werden (...).“<sup>2</sup> Da Viktor das Nichtvorhandensein solcher Mängel nicht zugesichert hat, muss er dafür nicht mehr einstehen (vgl. Art. 200 Abs. 2 OR).

Kurt sollte deshalb den Kauf wegen eines Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) anfechten – dann muss er freilich für das negative Interesse im Sinne des Art. 26 Abs. 1 OR aufkommen, weil sich Kurt (via seinen Berater Ulrich) fahrlässig geirrt hat.<sup>3</sup> Immerhin kann er dann den Kaufpreis des Fahrzeugs mit der Kondiktion (Art. 62 OR) zurückverlangen.

Die Bereicherungsforderung Kurts gegenüber Viktor ergibt sich aus der möglichen Anfechtung des Kaufvertrages. Alternativ zur Sachgewährleistung kann sich Kurt auch auf den Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR berufen.<sup>4</sup> Hat der Käufer aber bereits die Sachgewährleistung geltend gemacht, so hat er den Vertrag nach Art. 31 OR genehmigt, was eine Anfechtung ausschliesst.<sup>5</sup> Denkbar ist höchstens die Berufung auf den Willensmangel *eventualiter*, da in diesem Falle gerade kein Genehmigungswille vorliegt.<sup>6</sup>

Die Qualität des Fahrzeugs als bestimmter Sachverhalt (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) muss nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr eine notwendige Grundlage des Vertrags darstellen, damit sich der Käufer auf den Irrtum berufen kann (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Sie muss also für die Willensbildung des Käufers *conditio sine qua non* sein (subjektive Wesentlichkeit).<sup>7</sup> Auch vom Standpunkt des loyalen Geschäftsverkehrs muss der Sachverhalt eine notwendige Grundlage des Vertrages darstellen (objektive Wesentlichkeit).<sup>8</sup> Der Zustand des Fahrzeugs ist für jeden Fahrzeugkäufer generell sehr wichtig, weil sie für die Sicherheit und den Kaufpreis entscheidend ist. Auch der Verkäufer muss die Bedeutung dieses Sachverhalts erkennen können (Erkennbarkeit, strittig).<sup>9</sup> Aus den Umständen im Sachverhalt lässt sich dies bejahen – immerhin merkt Viktor, dass Kurt das Fahrzeug von einem Experten untersuchen lässt – aber auch ohne diese Tatsache wäre klar, dass die Bedeutung des Fahrzeugzustands von wesentlichem Interesse ist. Die Erkennbarkeit ist deshalb auch für Viktor in jedem Fall zu bejahen. Der Irrtum muss im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegen (vgl. Art. 23 OR). Eine Durchrostung ergibt sich nicht von einer Sekunde zur nächsten – dieses Erfordernis liegt klar vor. Seine Geltendmachung erfolgt innert Frist (vgl. Art. 31 OR), wenn er sich innert Jahresfrist nach Entdeckung des Irrtums darauf beruft.

## Sachverhalt

Besteller Beat lässt sein Haus von Unternehmer Ulrich bauen. Sie vereinbaren, dass die Bauarbeiten hinsichtlich des Fundaments wegen des drohenden Winters und der Planung der anschliessenden Errichtungsarbeiten bis zum 1. Oktober beginnen müssen. Am 1. Oktober ist weit und breit kein Bagger

<sup>2</sup> Vgl. auch BGE 95 II 119 ff., 125: „A ragione le giurisdizioni cantonali hanno altresì invocato l'art. 200 cpv. 2 CO, il quale libera, di massima, il venditore dall'obbligo di rispondere per i difetti che l'acquirente avrebbe dovuto conoscere usando l'ordinaria diligenza. In effetti, incombeva all'acquirente l'obbligo di informarsi sulle esigenze dei servizi industriali ginevrini. Certo, l'ordinaria diligenza che l'art. 200 cpv. 2 CO esige dal compratore si riferisce all'esame della cosa in sé. Tuttavia si deve pretendere dall'acquirente che, nelle circostanze della fattispecie, accentrasse la sua attenzione e il suo esame anche sulle complicazioni che potevano risultare dall'adattamento alle norme svizzere - o a quelle ginevrine - d'una apparecchiatura elettrica costruita all'estero. Secondo gli accertamenti vincolanti della Corte cantonale, Monney si è curato di farsi assistere a Milano da un consulente specializzato. Egli ha quindi riconosciuto la necessità di esaminare la conformità della macchina alle norme del luogo in cui essa sarebbe entrata in funzione. Senonché, siffatto esame si è rivelato insufficiente, essendo stato limitato alla sola questione del voltaggio. La responsabilità del venditore è quindi in concreto esclusa.“; ebenso BK-Giger, OR 200 N 18: «Als Massstab hierfür gilt jene Person, die die Ware im konkreten Fall tatsächlich besichtigte bzw. Besichtigen musste (...). Handelt es sich um einen Kenner, so werden an ihn allerdings entsprechend höhere Anforderungen gestellt (...). Eine Bank muss daher wegen ihrer besonderen Sachkunde den Mangel der Nichtlieferbarkeit einer Aktie im allgemeinen kennen (...).»

<sup>3</sup> Vgl. BSK OR I-Honsell, Art. 200 N 3.

<sup>4</sup> Vgl. BGE 114 II 131 ff. (Picasso-Fall).

<sup>5</sup> Vgl. Huguenin, N 2701; vgl. BGE 127 III 83 ff., 86.

<sup>6</sup> Peter Gauch, Sachgewährleistung und Willensmängel beim Kauf einer mangelhaften Sache – Alternativität der Rechtsbehelfe und Genehmigung des Vertrages, recht 2001, 184 ff., 187.

<sup>7</sup> Vgl. BSK OR I-Schwenzer, Art. 24 N 21.

<sup>8</sup> Vgl. BSK OR I-Schwenzer, Art. 24 N 22.

<sup>9</sup> Vgl. BSK OR I-Schwenzer, Art. 24 N 23, m.w.H.; das Bundesgericht verlangt das Erfordernis der Erkennbarkeit regelmässig, vgl. BGER 4C.37/2004, E. 3.2, m.w.H.

zu sehen. Beat ist verzweifelt und würde gerne das Haus von Unternehmer Urban auf Kosten des Ulrich bauen lassen. *Geht das?*

### Lösungsvorschlag

Beat kann das Vorgehen nach Art. 366 OR wählen. Passend erscheint vordergründig das Vorgehen nach Art. 366 Abs. 2 OR – nur dort ist erwähnt, dass der Besteller die Arbeiten auf Kosten des Unternehmers von einem anderen Unternehmer ausführen lassen kann. Abs. 2 erfasst indes nur Fälle, bei denen sich die *Mangelhaftigkeit oder die Vertragswidrigkeit* des Werks abzeichnet. Geht es dagegen lediglich um eine zeitliche Verzögerung, liegt ein Anwendungsfall von Abs. 1 vor.<sup>10</sup> Dort ist für den vorliegenden Fall unpassend nur von einem Rücktritt die Rede. Dies spielt aber keine Rolle, weil Art. 366 Abs. 1 OR der umfassenden Ergänzung durch die Erfordernisse des Verzugsrechts bedarf (siehe unten), das eine Wahl zwischen dem Rücktritt mit negativem Interesse und dem Verzicht auf die Leistung mit positivem Interesse ermöglicht – damit lassen sich alle Wahloptionen erzielen.

Der Termin für den Beginn am 1. Oktober stand fest – es ist die Variante in Art. 366 Abs. 1 OR: *„Beginnt der Unternehmer das Werk nicht rechtzeitig (...)“* Lehre und Rechtsprechung anerkennen, dass Art. 366 Abs. 1 OR der umfassenden Ergänzung durch die Art. 102–109 OR bedarf.<sup>11</sup> Somit muss Beat nicht mehr mahnen (Art. 102 Abs. 2 OR). Er muss aber eine angemessene Nachfrist setzen. Wie lange muss diese sein? Es kann sich nicht um eine Frist handeln, die die Fertigstellung des ganzen Fundaments abdeckt, weil dies die *ratio legis* des Art. 366 OR vereiteln würde. Dieser Artikel bezweckt gerade, dass man nicht bis zur Abnahme oder bis zum Schlusstermin warten muss, um festzustellen, dass noch nichts da ist. Sinnvoll wäre deshalb *eine Frist, mit dem Fundament innert zwei Tagen zu beginnen*.<sup>12</sup> Verstreicht die Frist, ohne dass Ulrich die Arbeiten aufnimmt, kann Beat die Wahlrechte des Art. 107 Abs. 2 OR ausüben. Er muss auf die Leistung des Ulrich verzichten und Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens wählen.<sup>13</sup> Mit diesem Schadenersatz kann er den Unternehmer Urban bezahlen, weil es sich um das positive Interesse handelt. Beim positiven Interesse wird man so gestellt, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre. Dann wäre das Haus aber rechtzeitig gebaut. Deshalb kann Beat den Ulrich mit der Fertigstellung des Hauses betrauen.

---

<sup>10</sup> BGer 4A\_96/2014, E. 3.1: *«L'art. 366 CO confère certains droits au maître lorsque l'entrepreneur, au cours des travaux, enfreint ses obligations relatives aux délais de livraison de l'ouvrage (al. 1) - retard dans le commencement de l'exécution, retard dans le rythme d'exécution ou non-respect du terme de livraison arrêté entre parties - ou à l'exécution sans défaut de l'ouvrage (al. 2). Ces deux alinéas règlent ainsi des états de fait différents.»*

<sup>11</sup> Vgl. BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, Art. 366 N 13: *«Weitere Voraussetzungen für das Rücktrittsrecht nennt Art. 366 Abs. 1 nicht. Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass diese Bestimmung der Ergänzung durch die allgemeinen Verzugsbestimmungen von Art. 102–109 bedarf (...)»*, Peter Gauch, Der Werkvertrag, N 675 und BGer 4A\_232/2011, E. 4.3: *„Nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz verstrich der Termin der Endabnahme vom 6. Juni 2008, ohne dass das Werk die vereinbarte Taktzeit hätte erreichen können, und die Beschwerdeführerin war, wie sie selbst angab, auch nicht in der Lage, die Maschine innert nützlicher Frist derart umzubauen, dass sie den vereinbarten Parametern entsprochen hätte. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin kann bei dieser Sachlage nicht ernsthaft in Frage gestellt werden, dass sie sich in Herstellungsverzug befand, wie ihn auch Art. 366 Abs. 1 OR voraussetzt. Diese Regelung, die einen Anwendungsfall der Art. 107 - 109 OR darstellt (...), bedarf der Ergänzung durch das allgemeine Verzugsrecht (...). Mithin ist auch Art. 108 Ziff. 1 OR anwendbar, nach welchem die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung nicht erforderlich ist, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde (...)“*

<sup>12</sup> Vgl. ZR 1913, 102 ff., 103: *„Das Gesetz spricht in Art. 122 einfach von Fristansetzung zur nachträglichen Erfüllung, und dem kann im gegebenen Fall auch damit Genüge geschehen, dass der Schuldner aufgefordert wird, bis zu einem gewissen Zeitpunkte spätestens mit der Erfüllung zu beginnen.“*

<sup>13</sup> BGer 4A\_96/2014, E. 3.1: *«S'il y a un retard dans l'exécution de l'ouvrage au sens de l'une des trois hypothèses susrappelées de l'art. 366 al. 1 CO, le maître peut se départir du contrat de manière anticipée s'il en fait la déclaration immédiate et exercer le droit d'option que lui confère l'art. 107 al. 2 CO (...). Toutefois, le maître doit fixer à l'entrepreneur un délai supplémentaire convenable pour s'exécuter afin de lui donner une chance de livrer à temps l'ouvrage (art. 107 al. 1 CO), la fixation d'un tel délai n'étant pas nécessaire dans les cas prévus par l'art. 108 CO (...).»*; ebenso BGE 126 III 230 ff., 235 f.: *«Le maître peut donc choisir, parmi les trois possibilités que lui offre l'art. 107 al. 2 CO, celle de renoncer à la prestation promise et de réclamer des dommages-intérêts positifs à l'entrepreneur qui a commis une faute (...). S'il le fait, il est tenu d'accepter les parties de l'ouvrage déjà exécutées, pour autant qu'elles soient utilisables, et d'en payer le prix (...). Son dommage équivaut à l'intérêt qu'il avait à l'exécution régulière de l'obligation de l'entrepreneur (...). Pour en juger, il convient de se demander quelle eût été sa situation patrimoniale si l'entrepreneur avait continué les travaux et lui avait livré le solde de l'ouvrage en conformité avec les clauses de leur contrat (...). Le maître pourra ainsi porter en compte, entre autres postes de son dommage, tous les frais se rapportant à l'achèvement de l'ouvrage ainsi que le préjudice découlant d'un éventuel retard dans la livraison de celui-ci (...), pour autant que ce retard soit en relation de cause à effet avec le comportement fautif de l'entrepreneur ayant conduit le maître à renoncer à la prestation promise; mais il devra imputer sur sa créance de dommages-intérêts, selon la théorie de la différence, ce qu'il aurait dû payer à l'entrepreneur si ce dernier avait exécuté régulièrement le solde des travaux et lui avait livré à temps l'ouvrage achevé.»*